

6 | Techniek en moraal in het octrooirecht

P.A.C.E. van der Kooij[■]

1 INLEIDING

Een opstel met de woorden ‘techniek’ en ‘octrooirecht’ in de titel heeft iets van een pleonasme. In het octrooirecht draait immers alles om techniek. In het kader van de thematiek van deze bundel heeft ‘techniek’ echter de betekenis van wetgevingstechniek, waarbij bijvoorbeeld gedacht moet worden aan het opstellen, implementeren en interpreteren van bepalingen in EG-richtlijnen.

In het onderstaande komt het ook in het octrooirecht gehanteerde begrippenpaar openbare orde en goede zeden ter sprake, in het bijzonder in verband met de totstandkoming en implementatie in de nationale wetgeving van de EG-richtlijn biotechnologie. Onderzocht zal onder andere worden, of en in hoeverre het tot stand brengen van de Richtlijn heeft geleid tot de incorporatie van een, van het nationale recht afwijkende, Europese moraal in het nationale recht en als gevolg daarvan ‘morele tegenstromen’ heeft opgeroepen.

Paragraaf 2 bespreekt daartoe allereerst de nationale dimensie, met aandacht voor de openbare orde en goede zeden in de Nederlandse octrooiwetgeving sinds 1910. In paragraaf 3 komt vervolgens de internationale dimensie aan bod, waarbij achtereenvolgens de opkomst van de biotechnologie, de totstandkoming van de eerder genoemde Richtlijn en de implementatie daarvan in de lidstaten ter sprake zullen komen. Paragraaf 4 besteedt aandacht aan de vraag naar het nut van het in de Richtlijn vastleggen van (de betekenis van) vage normen zoals openbare orde en goede zeden, alsmede aan de vraag naar de mogelijke invloed van een en ander op de commerciële exploitatie van een geoctrooieerde uitvinding. De conclusie staat in paragraaf 5.

■ P.A.C.E. van der Kooij is universitair hoofddocent Intellectueel eigendomsrecht bij de afdeling ondernemingsrecht, Universiteit Leiden.

2 DE NATIONALE DIMENSIE

2.1 Octrooiwet 1910

Al in art. 30 lid 1 van de Octrooiwet (vanaf 1968 Rijksoctrooiwet) 1910¹ was het monopolie van de octrooihouder in positieve bewoordingen omschreven. Volgens de bepaling gaf een octrooi de octrooihouder, kort gezegd, het uitsluitend recht het geoctrooieerde voortbrengsel te vervaardigen, te gebruiken en te verhandelen, respectievelijk de geoctrooieerde werkwijze toe te passen. Niettegenstaande deze positieve toonzetting werd (en wordt) het recht van de octrooihouder vooral als een ‘negatief’ recht, een verbodsrecht, gezien: het octrooirecht biedt met name de mogelijkheid om aan derden het verrichten van handelingen als de zojuist genoemde te verbieden, zonder dat dit steeds per definitie meebrengt dat de octrooihouder die handelingen wel zélf mag uitvoeren.² Immers, het exploiteren van een door een octrooi beschermde uitvinding kan heel wel door *andere* wetgeving geheel of gedeeltelijk, en tijdelijk of voorgoed, aan banden gelegd worden: het op de markt brengen bijvoorbeeld van een beschermd geneesmiddel kan verboden worden indien uit nader onderzoek blijkt dat het schadelijke bijwerkingen heeft.

Zó beschouwd heeft men zich al lang geleden afgevraagd, of het eigenlijk wel enig nut zou hebben de mogelijkheid van octrooiering voor bepaalde uitvindingen zonder meer uit te sluiten. De Octrooiwet 1910 kende namelijk een art. 5, dat als volgt luidde: ‘Geen octrooi wordt verleend voor voortbrengselen of werkwijzen, welke zelve of welker doel in strijd zijn met de wetten, de openbare orde of de goede zeden.’³ Men dacht hierbij kennelijk in het algemeen aan uitvindingen die, kort gezegd, grote maatschappelijke onrust zouden kunnen veroorzaken respectievelijk de eerbaarheid zouden kwetsen. Geijkte voorbeelden zijn sinds jaar en dag het ingenieuze martelwerktuig en de verbeterde bombrief.

Reeds in 1912 bracht Moorrees zijn twijfel omtrent de zin van deze bepaling als volgt onder woorden:⁴

‘Ik kan mij niet voorstellen dat er iets zou kunnen worden uitgedacht waarvan de toepassing, in het algemeen samengevat, de maatschappelijke orde noodzakelijk zou moeten verstoren en waartegen dan in de gewone wetten geen straf zou zijn bedreigd.’

1 Wet van 7 november 1910, *Stb.* 1910, 313.

2 Zie bijv. reeds B.M. Telders, *Nederlandsch Octrooirecht – Handboek voor de Praktijk*, 2^e druk bewerkt door C. Croon, ‘s-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1946, p. 293; E.A. van Nieuwenhoven Helbach, J.L.R.A. Huydecoper & C.J.J.C. van Nispen, *Industriële eigendom, Deel 1, Bescherming van technische innovatie*, Deventer: Kluwer 2002, p. 122 e.v.

3 Zie over de betekenis van deze begrippen bijv. ook J. Straus, ‘Biotechnologische Erfindungen – ihr Schutz und seine Grenzen’, *GRUR* 1992, p. 260 e.v. Zie ook hierna, par. 3.1.

4 W. Moorrees, *Het octrooirecht, deel I*, ‘s-Gravenhage: Mouton & Co 1912, p. 47.

Anderen, zoals Drucker en Telders, zijn Moorrees hierin in zoverre gevolgd, dat zij voor art. 5 alleen dan een rol weggelegd zagen, indien het bewuste voortbrengsel of zijn bestemming *noodzakelijk* ongeoorloofd zou zijn.⁵

Hoe dit ook zij, als de welbekende stok achter de deur heeft art. 5 Octrooiwet mogelijk toch enig – zij het niet meetbaar – nut gehad. In de woorden van Moorrees:⁶

‘In het dagelijksch leven spreekt men echter behalve óók met bewondering dikwijls met eenige eigenaardige reserve over uitvinders en in dien gedachtengang komt het mij begrijpelijk voor dat men, zich afvragende wat zoo’n rare gast al niet zou kunnen bedenken, het noodig vindt een extra ruime nooddeur in de wetgeving aan te brengen.’

Van daadwerkelijke toepassing van de bepaling is het echter, voorzover bekend, maar één keer gekomen. In dat geval was octrooi aangevraagd voor een smeltdraad, die tegen betrekkelijk geringe kosten kon worden vervaardigd. De aanvraagster had daarbij echter op de koop toe genomen het nadeel, dat niet zeker was dat de draad bij kortsluiting op de gewenste plaats zou door-smelten. De Afdeling van Beroep overwoog dan ook:⁷

‘(...) dat evenwel in een dergelijk geval een punt van overweging dient uit te maken of de Octrooiraad wel octrooi kan verleen, daar, indien de voorgestelde veiligheid in werkelijkheid onveilig blijkt te zijn, een dergelijk gevaarlijk voortbrengsel in strijd zou zijn met de openbare orde (...)’

Sinds 1977 luidde de tekst van art. 5 als volgt:

‘Geen octrooi wordt verleend voor voortbrengselen of werkwijzen, waarvan het openbaar worden strijdig zou zijn met de openbare orde of de goede zeden.’

Hierdoor werd dus benadrukt, dat de loutere openbaarmaking van een bedenkelijke uitvinding deze al in de gevarenzone kon doen belanden.

2.2 Rijsoctrooiwet 1995

Op 1 april 1995 trad voor ons land een nieuwe octrooieregeling in werking.⁸ De komst van de nieuwe wet vond zijn oorzaak vooral in internationale

5 W.H. Drucker, *Handboek voor de studie van het Nederlandsche Octrooirecht in vergelijking met het buitenlandsche recht*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1924, p. 132; Telders 1946, p. 112. Zie ook hierna, voetnoot 34.

6 Moorrees 1912, p. 47.

7 Octrooiraad, Afdeling van Beroep, 21 februari 1944, *BIE* 1946, 57.

8 Wet van 15 december 1994, *Stb.* 1995, 51.

ontwikkelingen, waarvan behandeling het bestek van deze bijdrage te buiten zou gaan.⁹ In overeenstemming met art. 53 onder a van het Europees Octrooi-verdrag (EOV) bepaalde art. 3 onder a ROW 1995:

‘Niet vatbaar voor octrooi zijn: a. uitvindingen waarvan de openbaarmaking of toepassing in strijd zou zijn met de openbare orde of goede zeden (...).’

Weer een iets andere redactie dus, waarvan overigens wel wordt aangenomen dat het verschil met de oude omschrijving (waarin alleen het openbaar worden werd genoemd), slechts marginaal is en in de praktijk niet tot andere uitkomsten zal leiden.¹⁰

Zoals we aanstonds zullen zien, veranderde de bewuste tekst onlangs nogmaals, nu onder invloed van de EG-richtlijn biotechnologie. Ook voor art. 53 onder a EOV en art. 3 onder a ROW 1995 gold dat deze bepalingen in de praktijk jarenlang slechts een sluimerend bestaan leidden.

3 DE INTERNATIONALE DIMENSIE

3.1 Opkomst biotechnologie; eerste ‘Europese’ jurisprudentie

In die situatie kwam verandering door de opkomst van de biotechnologie, die de mens in staat stelde via genetische manipulatie-technieken steeds gericht in te grijpen in de natuur, in het bijzonder in het DNA van plant, dier en mens. Hoewel deze ontwikkelingen zich uiteraard op mondiaal niveau voordeden (met spraakmakende uitspraken vanaf, ruwweg, het eind van de zestiger jaren van de vorige eeuw), noem ik hier kortheidshalve alleen een tweetal ‘Europese’ beslissingen waarin het begrippenpaar openbare orde en goede zeden een rol speelde.

In de geruchtmakende zaak betreffende de *Harvard-muis* was sprake van een octrooiaanvraag voor, kort gezegd, een zodanig genetisch gemanipuleerde muis, dat in zijn lichaam in versneld tempo kankercellen tot ontwikkeling werden gebracht, dit met het oog op het onderzoek naar nieuwe geneesmiddelen. Gevraagd naar de eventuele strijdigheid van een dergelijke uitvinding met de openbare orde of goede zeden overwoog de Kamer van Beroep van het Europees Octrooibureau (EOB) als volgt:¹¹

9 Zie bijv. P.A.C.E. van der Kooij en S.J.A. Mulder, *Hoofdzaken intellectuele eigendom*, Deventer: Kluwer 2005, p. 25.

10 Zie HvJEG 9 oktober 2001, zaak C-377/98, NJ 2002, 161 (Koninkrijk der Nederlanden/Europees Parlement en Raad van de EU), r.o. 62: ‘Bij gebreke van concrete voorbeelden van het tegendeel lijkt het redelijk aan te nemen, dat het geen verschil maakt of nu de openbaarmaking, de toepassing dan wel de commerciële exploitatie van een bepaalde uitvinding in strijd met de openbare orde of de goede zeden wordt geacht.’

11 KvB EOB 3 oktober 1990, zaak T 19/90, OJ EPO 1990, 476 (Onco Mouse/Harvard II).

‘Under the heading “Considerations under Article 53(a) EPC” in the contested decision, the Examining Division argued that patent law is not the right legislative tool for regulating problems arising in connection with genetic manipulation of animals. The Board considers, however, that precisely in a case of this kind there are compelling reasons to consider the implications of Article 53(a) EPC in relation to the question of patentability. The genetic manipulation of mammalian animals is undeniably problematical in various respects, particularly where activated oncogenes are inserted to make an animal abnormally sensitive to carcinogenic substances and stimuli and consequently prone to develop tumours, which necessarily cause suffering. There is also a danger that genetically manipulated animals, if released into the environment, might entail unforeseeable and irreversible adverse effects. Misgivings and fears of this kind have been expressed by a number of persons who have filed observations with the Board under Article 115 EPC. Considerations of precisely this kind have also led a number of Contracting States to impose legislative control on genetic engineering. The decision as to whether or not Article 53(a) EPC is a bar to patenting the present invention would seem to depend mainly on a careful weighing up of the suffering of animals and possible risks to the environment on the one hand, and the invention’s usefulness to mankind on the other. It is the task of the department of first instance to consider these matters in the context of its resumed examination of the case.’

Geen *per se* uitsluiting van bescherming derhalve, maar een afweging van geval tot geval. In een zaak van enkele jaren later, waarin plantaardig materiaal genetisch was gemanipuleerd, ging de Kamer van Beroep nader op de ‘Europese’ betekenis van de begrippen openbare orde en goede zeden in. Het college overwoog:¹²

‘5. It is generally accepted that the concept of “ordre public” covers the protection of public security and the physical integrity of individuals as part of society. This concept encompasses also the protection of the environment. Accordingly, under Article 53(a) EPC, inventions the exploitation of which is likely to breach public peace or social order (for example, through acts of terrorism) or to seriously prejudice the environment are to be excluded from patentability as being contrary to “ordre public”.

6. The concept of morality is related to the belief that some behaviour is right and acceptable whereas other behaviour is wrong, this belief being founded on the totality of the accepted norms which are deeply rooted in a particular culture. For the purposes of the EPC, the culture in question is the culture inherent in European society and civilisation. Accordingly, under Article 53(a) EPC, inventions the exploitation of which is not in conformity with the conventionally-accepted standards of conduct pertaining to this culture are to be excluded from patentability as being contrary to morality.’

12 KvB EOB 21 februari 1995, zaak T 356/93, *OJ EPO* 1995, 545 (Plant cells/Plant Genetic Systems).

Een aanzet voor een transnationale benadering van het begrippenpaar was hiermee gegeven. Het hiervoor gebruikte woord 'Europees' zag echter strikt genomen nog niet op de Europese Gemeenschap: bij het EOV zijn wel alle EG-lidstaten partij, maar het verdrag staat als zodanig los van de EG, nu ook enkele andere Europese landen zich erbij hebben aangesloten.

3.2 EG-richtlijn biotechnologie

Met de opkomst van de biotechnologie deed de behoefte aan doeltreffende bescherming van uitvindingen op dat gebied zich steeds sterker voelen. De Commissie constateerde op dit punt niet alleen grote verschillen tussen de lidstaten onderling, maar ook tussen de EG enerzijds en landen als de V.S. en Japan anderzijds. Gezien het grote belang van de biotechnologie voor de toekomst van de Gemeenschap nam de Commissie daarom het initiatief voor een ontwerp-richtlijn betreffende de wettelijke bescherming van biotechnologische uitvindingen.¹³ Het zou het beginpunt vormen van een roerige totstandkomingsgeschiedenis die niet minder dan tien jaar zou duren. Zeer kort samengevat, en toegespitst op het onderwerp van deze bijdrage, gebeurde het volgende.

Het eerste voorstel liet zich in het geheel niet uit over uitvindingen waarvan de openbaarmaking of toepassing strijdig zou zijn met de openbare orde of goede zeden. Slechts één passage in de artikelsgewijze toelichting raakt aan deze begrippen:¹⁴

'Aangezien uitvindingswerkzaamheid onveranderlijk gepaard gaat met een menselijk ingrijpen in natuurlijke processen of voortbrengselen van de natuur, is er geen reden om bescherming te onthouden aan uitvindingen die betrekking hebben op levende materie, voorzover niet aan de menselijke sfeer zelf wordt geraakt (dit laatste voorbehoud, dat op overwegingen van openbare orde berust, heeft evenwel reeds zijn vaste plaats in het octrooirecht, getuige artikel 52, lid 4, EOV).'

Het Economisch en Sociaal Comité wees er vervolgens in zijn advies inzake het richtlijnvoorstel op, dat de uitbreiding van de octrooieerbaarheid tot levende materie 'in bepaalde gevallen ethische problemen met zich mee kan brengen', waarbij met name werd gedacht aan mogelijke neveneffecten op dieren en aan de pijn die zij zouden kunnen lijden. Ook vond het Comité het 'jammer' dat de mens niet uitdrukkelijk was vermeld als zijnde niet vatbaar voor octrooiering.¹⁵

13 COM(88)496 def./SYN 159 d.d. 21 oktober 1988.

14 COM(88)496, p. 32. De genoemde bepaling sluit onder meer geneeskundige behandelings- en diagnosemethoden van octrooibescherming uit.

15 Advies d.d. 26 april 1989, *PbEG* d.d. 26 juni 1989, C 159/10, sub 2.15.

Deze op- en aanmerkingen verbleekten bij de stortvloed van kritiek die het Europees Parlement op zijn beurt naar voren bracht. De Commissie juridische zaken en rechten van de burger, die het voorstel op verzoek van het Parlement had onderzocht, kwam in haar tweede verslag met liefst 51 amendementen op de proppen (op een richtlijnvoorstel van 21 artikelen), waarin onder meer veel aandacht voor ethische kwesties werd gevraagd.¹⁶ Nadat het Parlement met veel van deze amendementen had ingestemd, maakte de Commissie kenbaar deze niet te aanvaarden. Hernieuwd overleg binnen de Commissie juridische zaken en rechten van de burger was het resultaat, gevolgd door tal van nieuwe (compromis)amendementen.¹⁷

Kort daarop bracht de Commissie een Gewijzigd voorstel voor een richtlijn uit.¹⁸ In de Algemene toelichting merkte zij op, dat uit besprekingen duidelijk was gebleken dat de loutere verwijzing naar de begrippen openbare orde en goede zeden niet voldoende was en dat het noodzakelijk was om deze 'klassieke grond van niet-vatbaarheid voor octrooiering' aan te vullen met duidelijker richtsnoeren voor de nationale octrooibureaus en rechters. Verderop in deze toelichting spreekt de Commissie over het wezenlijke belang om in het octrooi-recht bepaalde 'onoverschrijdbare grenzen' te trekken. In het nieuw voorgestelde art. 2 lid 3 werd dan ook een drietal van dergelijke 'grenzen' genoemd:

- 'a. het menselijk lichaam of delen van het menselijk lichaam als zodanig;
- b. werkwijzen tot modificatie van de genetische identiteit van het menselijk lichaam die een niet-therapeutisch doel hebben en in strijd zijn met de menselijke waardigheid;
- c. werkwijzen tot modificatie van de genetische identiteit van dieren die bij hen lijden of lichamelijke schade veroorzaken die geen nut hebben voor mens of dier.'

Met de komst van het Gewijzigd voorstel was de eindstreep echter nog lang niet bereikt. In maart 1995 verwierp het Europees Parlement het in zijn geheel, in het bijzonder omdat de passages over de niet-octrooieerbaarheid van (delen van) het menselijk lichaam niet ver genoeg gingen dan wel onduidelijk werden bevonden. Een nieuw ontwerp van de Commissie zag eind 1995 het licht; het zou in het voorjaar van 1997 wederom voorwerp van felle debatten worden.¹⁹

16 PE 156.257/def. d.d. 26 maart 1992.

17 Zie voor een overzicht van oude en nieuwe voorstellen: *PbEG* d.d. 23 november 1992, C 305/163.

18 COM(92)589 def. – SYN 159, d.d. 16 december 1992.

19 Een kleine greep uit de enorme hoeveelheid literatuur over de wordingsgeschiedenis van de richtlijn: J. Straus, 'Ethische, rechtliche und wirtschaftliche Probleme des Patent- und Sortenschutzes für die biotechnologische Tierzüchtung und Tierproduktion', *GRUR Int.* 1990, p. 913 e.v.; J.L.R.A. Huydecoper, 'De gepatenteerde muis: (octrooi)bescherming en levende materie', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1991, p. 402 e.v.; J. Straus 1992, p. 252 e.v.; J. Thurston, 'Recent EC Developments in Biotechnology', *EIPR* 1993, p. 187 e.v.; R. Moufang, 'Patentierung menschlicher Gene, Zellen und Körperteile? Zur ethischen Dimension des Patentrechts', *GRUR Int.* 1993, p. 439 e.v.; G. van Overwalle, *Octrooieerbaarheid van plantenbio-*

De uiteindelijk medio 1998 tot stand gekomen Richtlijn²⁰ geeft in de considerans (overweging 38) aan, dat het van belang is om in deze regeling een *indicatieve, niet-limitatieve lijst* op te nemen van uitvindingen die van octrooiering zijn uitgesloten, teneinde de nationale rechters en octrooibureaus algemene richtsnoeren te verschaffen voor de interpretatie van het criterium openbare orde en goede zeden. Overweging 39 vervolgt:

‘(...) dat de openbare orde en de goede zeden met name overeenstemmen met ethische en morele beginselen die in een lidstaat worden erkend en die in het bijzonder op het gebied van de biotechnologie moeten worden gerespecteerd, gezien de potentiële gevolgen van uitvindingen op dit gebied en hun inherente relatie met levend materiaal; dat dergelijke ethische en morele beginselen een aanvulling vormen bij de gebruikelijke juridische onderzoeken van het octrooirecht ongeacht het technische gebied van de uitvinding (...).’

Art. 6 lid 1 Richtlijn bepaalt thans, in overeenstemming trouwens met art. 27 lid 2 van het in 1996 in werking getreden TRIPS-Verdrag,²¹ dat uitvindingen waarvan de commerciële exploitatie strijdig zou zijn met de openbare orde of de goede zeden, van octrooierbaarheid worden uitgesloten, waarbij de toepassing niet als strijdig hiermee mag worden beschouwd op grond van het loutere feit dat deze bij een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling wordt verboden.²²

De niet-limitatieve lijst staat in art. 6 lid 2:

‘Uit hoofde van lid 1 worden met name niet-octrooierbaar geacht:

- a. werkwijzen voor het klonen van mensen;
- b. werkwijzen tot wijziging van de germinale genetische identiteit van de mens;
- c. het gebruik van menselijke embryo's voor industriële of commerciële doeleinden;
- d. de werkwijzen tot wijziging van de genetische identiteit van dieren die geëigend zijn deze te doen lijden zonder aanzienlijk medisch nut voor mens of dier op te leveren, alsmede de dieren die uit dergelijke werkwijzen zijn verkregen.’

De considerans definieert in overweging 42 het klonen van mensen (sub a) als: elke werkwijze, met inbegrip van de technieken voor de splitsing van

technologische uitvindingen, Brussel: Bruylant 1996, p. 146-150; M. Llewelyn, ‘The Legal Protection of Biotechnological Inventions: An Alternative Approach’, *EIPR* 1997, p. 115 e.v.; S.J.R. Bostyn, ‘Octrooieren van klonen en andere biologische merkwaardigheden. De EU Ontwerprichtlijn biotechnologische uitvindingen’, *BIE* 1997, p. 403 e.v.; H.W. Raven, ‘Nieuwe ronde voor ontwerp-biotechnologierichtlijn’, *NTER* 1997, p. 16 e.v.

20 Richtlijn 98/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 1998 betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen, *PbEG* d.d. 30 juli 1998, L 213/13.

21 Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom d.d. 15 april 1994, bijlage 1c bij het Wereldhandelsverdrag, *Trb.* 1995, 130.

22 Deze laatste zinsnede komt inhoudelijk overeen met een reeds lang geleden in art. 4quater van het Verdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom (laatstelijk *Trb.* 1970, 187) neergelegde regel.

embryo's, die ten doel heeft een mens voort te brengen die in de cellkernen dezelfde genetische informatie bezit als een ander levend dan wel overleden wezen. Onder germinale gentherapie (sub b) verstaat men de techniek die beoogt een genetische afwijking gericht te corrigeren door een defect gen te vervangen door een normaal gen, waardoor een *erfelijke* genetische verandering teweeggebracht wordt. Kennelijk acht men dit momenteel nog 'een brug te ver', anders dan de zogenaamde somatische gentherapie die beoogt lichaamscellen te genezen zonder de kiemcellen te wijzigen.²³ Ook het sub c genoemde geval heeft een beperkte draagwijdte: het sluit uitvindingen met een *therapeutisch of diagnostisch* doel, die toegepast worden op en nuttig zijn voor het menselijk embryo *niet* van octrooiering uit. Het sub d gestelde is met name ingegeven door zaken als die betreffende de hiervoor genoemde *Harvard-muis*.²⁴

De Raad van Bestuur van het EOB besloot op 16 juni 1999 een aantal bepalingen uit de Richtlijn vrijwel integraal over te nemen in Rules 23b e.v. van het Uitvoeringsreglement bij het EOv, zodat deze ook voor een aantal andere Europese landen van kracht werden.²⁵ Met betrekking tot de overname van art. 6 merken de *Guidelines* van het EOB op:²⁶

'The purpose of this is to exclude from protection inventions likely to induce riot or public disorder, or to lead to criminal or other generally offensive behaviour. (...) In general, this provision is likely to be invoked only in rare and extreme cases. A fair test to apply is to consider whether it is probable that the public in general would regard the invention as so abhorrent that the grant of patent rights would be inconceivable.'

3.3 Implementatieperikelen

Nederland

Was de totstandkoming van de Richtlijn al een 'gebed zonder eind', de daaropvolgende implementatie in de wetgeving van de lidstaten verliep eveneens zeer moeizaam. Kennelijk was en bleef de problematiek controversieel. Om een indruk te geven van de 'voortgang' van de respectievelijke wetgevingsprocedures: op 30 juli 2000 (de datum van definitieve implementatie volgens art. 15 lid 1 Richtlijn) was de parlementaire behandeling pas in een viertal

23 COM(92)589 def. – SYN 159 d.d. 16 december 1992, p. 8.

24 Zie respectievelijk overweging 42 van de considerans van de Richtlijn en COM(92)589, p. 10.

25 Inwerkingtreding 1 september 1999, *OJ EPO* 1999, p. 437 e.v.

26 Guidelines, EOB, part C, chapter IV, 3.1 <www.european-patent-office-org>.

lidstaten geheel of grotendeels afgerond; eind 2004 was dit in vijf lidstaten ('oude' wel te verstaan) nog steeds niet geschied.²⁷

De vertraging werd in elk geval in een aantal landen mede veroorzaakt door een bijzondere actie van Nederlandse zijde: een verzoek aan het Hof van Justitie, ondersteund door Italië en Noorwegen, tot *nietigverklaring* van de Richtlijn. Uiteindelijk wees het Hof dit verzoek af.²⁸ Het zou te ver voeren de uitspraak hier volledig te behandelen.²⁹ Ik volsta met vermelding van het derde middel, de opvatting van Advocaat-Generaal Jacobs en de overwegingen van het Hof dienaangaande.

Volgens de Nederlandse regering droeg de Richtlijn bij tot vergroting van de in de considerans genoemde onzekerheden en was zij derhalve in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. De Richtlijn verleende de nationale autoriteiten immers discretionaire bevoegdheden bij de uitvoering van algemeen en dubbelzinnig geformuleerde begrippen als de openbare orde en de goede zeden in art. 6.

In zijn instructieve conclusie voorafgaand aan het arrest wees de A-G onder meer op het feit dat het begrip openbare orde van oudsher een belangrijke plaats inneemt in het EG-Verdrag, en dat het Hof van Justitie ten aanzien van de term openbare zedelijkheid al geruime tijd geleden heeft geoordeeld, 'dat elke lidstaat bevoegd is om de vereisten van de openbare zedelijkheid op zijn grondgebied te bepalen overeenkomstig zijn eigen waardesysteem en in de door hem gekozen vorm'.³⁰ Hij voegde daaraan toe, dat deze bevoegdheid van de lidstaten:³¹

'thans wellicht met enige voorzichtigheid moet worden gezien. Op dit gebied zoals ook op vele andere zijn gemeenschappelijke opvattingen in de loop der jaren aan verandering onderhevig. Wellicht is het thans juist ervaarbaar uit te gaan, dat de ethische dimensie van sommige van de kernvragen die binnen de werkingssfeer van de richtlijn vallen, wordt beheerst door gemeenschappelijke opvattingen. (...) Het feit dat sommige ethische vragen wellicht juist worden beoordeeld tegen de achtergrond van de cultuur van een bepaalde lidstaat en dat voor andere vragen gemeenschappelijke opvattingen kunnen bestaan, staat mijns inziens evenwel – hier noch elders – een bepaalde harmonisatie niet in de weg.'

Het Hof van Justitie ging op dit punt echter niet uitdrukkelijk in. Het overwoog als volgt:

27 Vgl. G. van Overwalle, 'Van groene muizen met rode oortjes: de EU-Biotechnologie-richtlijn en het Belgisch wetsontwerp van 21 september 2004', *I.R.D.I.* 2004, p. 361.

28 HvJEG 9 oktober 2001, zaak C-377/98, *NJ* 2002, 161 (Koninkrijk der Nederlanden/Europees Parlement en Raad van de EU).

29 Zie over het arrest bijv. S.J.R. Bostyn, 'Het sprookje is uit (EG Hof beslissing inzake Biotechnologie richtlijn)', *BIE* 2001, p. 392 e.v.

30 Zie o.m. HvJEG 14 december 1979, zaak 34/79, *Jur.* 1979, p. 3795 (Henn en Darby).

31 Conclusie A-G Jacobs bij HvJEG 9 oktober 2001, zaak C-377/98, *NJ* 2002, 161 (Koninkrijk der Nederlanden/Europees Parlement en Raad van de EU), punt 97-102.

‘37. Artikel 6 van de richtlijn, dat uitvindingen waarvan de commerciële exploitatie strijdig zou zijn met de openbare orde of met de goede zeden, van octrooieerbaarheid uitsluit, laat de bestuurlijke en rechterlijke instanties van de lidstaten zonder twijfel een grote speelruimte bij de toepassing van dit uitsluitingscriterium.

38. Die speelruimte is evenwel nodig om rekening te houden met de bijzondere problemen die de exploitatie van bepaalde octrooien in de sociale en culturele context van de afzonderlijke lidstaten kan oproepen. De nationale regelgevende, bestuurlijke en rechterlijke autoriteiten zijn immers beter dan de gemeenschapsautoriteiten in staat deze context te begrijpen. Overigens is deze clausule, op grond waarvan verlening van een octrooi kan worden geweigerd bij gevaar voor de openbare orde of de goede zeden, in het octrooirecht gebruikelijk en komt [zij] onder meer voor in volkenrechtelijke instrumenten op dit gebied, zoals het Europees Octrooiverdrag.

39. Bovendien houdt de aan de lidstaten gelaten speelruimte geen beoordelingsvrijheid in, aangezien de richtlijn die begrippen afbakent door enerzijds de precisering dat de commerciële exploitatie van een uitvinding niet reeds wegens een wettelijk of bestuursrechtelijk verbod in strijd is met de openbare orde of de goede zeden, en anderzijds vermelding van vier voorbeelden van werkwijzen en toepassingen die niet octrooieerbaar zijn. Aldus verschaft de gemeenschapswetgever voor de toepassing van die begrippen een leidraad die elders in het algemene octrooirecht niet bestaat.

40. Ten slotte kan een richtlijn niet in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel worden geacht, wanneer zij voor de uitvoeringsvoorwaarden verwijst naar in het recht van de lidstaten bekende begrippen waarvan zij, zoals in casu, de draagwijdte en de grenzen preciseert, rekening houdend met de specifieke aard van de betrokken materie.

41. Artikel 6 van de richtlijn vergroot derhalve niet de rechtsonzekerheid die deze handeling wil terugdringen.’

Kortom: de lidstaten verdienen in casu volgens het Hof een ‘grote speelruimte’ vanwege sociale en culturele verschillen van land tot land, maar geen ‘beoordelingsvrijheid’, nu de Richtlijn het begrippenpaar afbakent en voorbeelden van ‘verdachte’ werkwijzen geeft. Erg helder lijkt mij overigens het verschil tussen de termen speelruimte en beoordelingsvrijheid niet. ‘Geen *volledige* beoordelingsvrijheid’ was als vertaling misschien al duidelijker geweest, mede gezien de Franse, de Duitse en de Engelse versie van het arrest (‘marge de manoeuvre – marge de manoeuvre discrétionnaire’, respectievelijk ‘Spielraum – nicht unbegrenzter Spielraum’ respectievelijk ‘scope for manoeuvre – discretionary scope for manoeuvre’).

Hoe dit ook zij, in onze eigen Tweede Kamer zijn velen van het begin af aan, ook nog nadat het bovengenoemde arrest gewezen was, van oordeel geweest dat de octrooiëring van levende materie op zoveel mogelijk punten aan banden gelegd diende te worden, onder meer door uitbreiding van de

lijst van voorbeelden zoals opgenomen in art. 6 Richtlijn. De eindstreep werd mede hierdoor pas ruim drie jaar na de uitspraak van het Hof gehaald.³²

Als het aan de meerderheid van de Tweede Kamer had gelegen, was ook van de volgende uitvindingen de commerciële exploitatie in strijd verklaard met de openbare orde of goede zeden:

- a) planten of dieren;
- b) het gebruik van menselijke embryo's (dus zonder de toevoeging: 'voor industriële of commerciële doeleinden');
- c) uitvindingen waardoor inbreuk wordt gemaakt op een aantal artikelen van het Biodiversiteitsverdrag³³ (ten einde zogenaamde biopiraterij te voorkomen, dat is het gebruiken van (kennis van) natuurlijk aanwezige genetische materialen waarvan de werking al geruime tijd bekend en in gebruik is);
- d) werkwijzen die het leven of de gezondheid van mensen, dieren of planten in gevaar brengen of die ernstige schade voor het milieu veroorzaken.

Bovendien vond de Tweede Kamer dat bij a.m.v.b. aanvulling van deze lijst mogelijk gemaakt zou moeten worden, mede gezien de meergenoemde speelruimte.

De Raad van State werd in deze zaak (in juni 2000) om een spoedadvies gevraagd, omdat er een groot verschil van inzicht bleef bestaan tussen de staatssecretaris van economische zaken en de meerderheid van de Kamer. Het college was – met de staatssecretaris – van oordeel, dat het karakter van de Richtlijn dusdanig is, dat de nationale wetgever niet de vrijheid heeft om inzake het onderwerp van de Richtlijn verdergaande regelingen vast te stellen dan de Richtlijn voorschrijft; zij vormt met andere woorden, nu sprake is van totale harmonisatie, een gesloten systeem. Dientengevolge achtte het college de genoemde amendementen a-d in strijd met de Europese regeling respectievelijk niet passend in het stelsel of kader daarvan, mede in verband met andere daarin voorkomende bepalingen. De in art. 6 lid 2 Richtlijn opgenomen uitzonderingen op de octrooieerbaarheid dienden restrictief geïnterpreteerd te worden; een aanvulling als zojuist vermeld onder d zou alleen dan verenigbaar zijn met de Richtlijn indien zou kunnen worden aangetoond – quod non – dat toepassing van een uitvinding die bijvoorbeeld ernstige schade aan het

32 Zie voor een uitvoerige bespreking van de behandeling van het wetsvoorstel (26 568 (R 1638)) in de Tweede Kamer: P.A.C.E. van der Kooij, "Met onwillige honden ..." Over de implementatie van de EGrichtlijn biotechnologie', *Agrarisch recht* 2003, p. 215 e.v.

33 Verdrag inzake biologische diversiteit, Rio de Janeiro 5 juni 1992, *Trb.* 1992, 164; Nederlandse vertaling in *Trb.* 1993, 54.

milieu toebrengt, *onder alle omstandigheden* in strijd zou zijn met de openbare orde of de goede zeden.³⁴

De Tweede Kamer trok zich van deze kritiek echter niets aan en stemde in grote meerderheid vóór de amendementen. Men baseerde zich hierbij onder meer op de hiervoor geciteerde overwegingen van het Hof van Justitie, waarin van 'speelruimte' sprake is, voorts op een vermeende mogelijkheid van relativering van het begrip 'totale harmonisatie', op het standpunt van enkele leden van het Europees Parlement en ten slotte op principiële gronden.³⁵

Het was toen de beurt aan de Eerste Kamer om zich over het wetsvoorstel als geheel uit te spreken. Aldaar werd op een aantal punten wederom de strijdigheid van het voorstel met de Richtlijn geconstateerd. Ter voorkoming van forse 'Brusselse' boetes heeft toen (we schrijven inmiddels juni 2004) de staatssecretaris, op verzoek van de Kamer, een novelle in het vooruitzicht gesteld.³⁶ Aldus kwam toch nog, op 10 november 2004, een aan de Richtlijn aangepaste wet tot stand.³⁷

In art. 3 lid 2 ROW 1995 zijn thans de hiervoor in paragraaf 3.2 genoemde uitzonderingen in verband met openbare orde en goede zeden opgenomen, alsmede het zojuist vermelde amendement sub d). Deze laatste wijziging stuitte uiteindelijk dus niet op onoverkomelijke bezwaren, waarbij doorslaggevend was dat art. 27 lid 2 TRIPS-Verdrag hetzelfde bepaalt, en in de considerans van de Richtlijn (overweging 36) ook op het bestaan van deze bepaling wordt gewezen, terwijl art. 1 lid 2 Richtlijn uitdrukkelijk de verplichtingen voortvloeiend uit genoemd Verdrag onverlet laat. Tot slot bepaalt art. 3 lid 4 ROW 1995, dat bij algemene maatregel van rijksbestuur de lijst, bedoeld in lid 2, kan worden aangevuld met andere uitvindingen waarvan de commerciële exploitatie in strijd wordt geacht met de openbare orde of de goede zeden.

Andere lidstaten

Zoals al opgemerkt verliep de implementatie in andere landen evenmin geruisloos. Ook in *België* heeft de wetgever er aanvankelijk voor gekozen, in de opsomming van voorbeelden van uitvindingen waarvan de commerciële

34 In dit verband is wel het voorbeeld van springstof genoemd: deze kan op een negatieve, maar ook op een positieve wijze worden aangewend, bijv. in de mijnbouw. Ter vergelijking: in het *kwekersrecht* ontbreekt een bepaling als neergelegd in art. 3 lid 2 ROW 1995 geheel. Een ras van het gewas *Cannabis* (hennep) kan geschikt zijn voor de bereiding van marihuana, maar kan ook vezels leveren voor het maken van touw; daarom zijn rassen van dit gewas niet bij voorbaat en zonder meer van bescherming uitgesloten. Vermelding van hennep in de bij de Opiumwet (laatstelijk *Stb.* 2004, 643) behorende Lijst II doet daaraan niet af. Zie met betrekking tot andere intellectuele eigendoms wetten waarin het begrippenpaar een rol speelt: G.J.H.M. Mom, 'Goede zeden en openbare orde in het intellectuele eigendomsrecht', *IER* 1995, p. 93 e.v.

35 *Handelingen II* 2001/2002, p. 4313-4326; idem, p. 4603-4605. Zie ook *Kamerstukken II* 2001/2002, 26 568 (R 1638), nr. 39.

36 *Handelingen I* 2003/2004, nr. 31, p. 1670.

37 *Stb.* 2004, 589.

exploitatie strijdig wordt geacht met openbare orde of goede zeden, enkele extra situaties op te nemen die in de Richtlijn zelf alleen in de considerans voorkomen. Aldus voegde men toe, kort samengevat:

- a) uitvindingen, ontwikkeld in strijd met het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, onder meer vanwege onmenselijke en onterende behandelingen;
- b) uitvindingen, ontwikkeld op basis van materiaal van menselijke oorsprong, zonder de vrije, geïnformeerde, expliciete instemming van de donor voor een dergelijk gebruik, een en ander zoals neergelegd in het Verdrag inzake de mensenrechten en de biogeneeskunde;³⁸
- c) uitvindingen, ontwikkeld op basis van biologisch materiaal dat afgenomen of uitgevoerd werd in overtreding van de bepalingen van het Biodiversiteitsverdrag.

Tot daadwerkelijke parlementaire behandeling van het Belgische wetsontwerp is het echter niet gekomen. Na de verkiezingen van voorjaar 2003 pakte de nieuwe regering de draad weer op. Dit resulteerde in een nieuw wetsontwerp, waarin de nadruk niet meer vooral lag op het beperken van de octrooieringsmogelijkheden, maar des te meer op het beperken van de eventuele schadelijke gevolgen van octrooien op dit gebied. Het zojuist genoemde rijtje van extra uitsluitingsgronden is geheel en al uit het nieuwe ontwerp (art. 4, § 3) verdwenen. Hieraan zullen mede debet geweest zijn het kritische onthaal door de Belgische Raad van State van het eerste ontwerp, alsmede het feit dat onze zuiderburen inmiddels door het Hof van Justitie op de vingers getikt waren vanwege het niet tijdig implementeren van de Richtlijn.³⁹ Het nieuwe ontwerp is op 28 april 2005 wet geworden.⁴⁰

Een kleine rondgang langs *andere lidstaten* leert, dat de opsomming van art. 6 lid 2 Richtlijn in de meeste landen letterlijk in de nationale wetgeving is overgenomen, zo bijvoorbeeld in Denemarken,⁴¹ Tsjechië,⁴² Spanje,⁴³ Zweden⁴⁴ en Duitsland.⁴⁵ Opmerkelijk in de Duitse wet is, dat de opsomming

38 Verdrag van de Raad van Europa d.d. 4 april 1997, *Trb.* 1997, 113; Nederlandse vertaling in *Trb.* 1998, 58.

39 Zie over het Belgische implementatie-avontuur G. van Overwalle, 'Van muizen en mensen. De EU biotechnologierichtlijn van 6 juli 1998 en de omzetting in het Belgisch octrooirecht', *R.W.* 2002-2003, p. 401 e.v.; Van Overwalle 2004, p. 357 e.v.

40 Wet tot wijziging van de wet van 28 maart 1984 op de uitvindingsoctrooien, wat betreft de octrooieerbaarheid van biotechnologische uitvindingen; *B.S./MON* 154 d.d. 13 mei 2005.

41 Art. 1b(3) Consolidated Patents Act, No. 412 d.d. 31 mei 2000. Deze en de hierna genoemde wetgeving is in de Engelse taal gepubliceerd op de website van de World Intellectual Property Organization (WIPO) te Genève <www.wipo.int>.

42 Art. 3(a) Law on the Protection of Biotechnological Inventions, No. 206 d.d. 21 juni 2000.

43 Art. 5(1) van de Wet nr. 10/2002 d.d. 29 april 2002, *Boletín Oficial del Estado* d.d. 30 april 2002, No. 103, p. 15691.

44 Art. 1c Act of April 1, 2004, No. 2004:159, amending the Patents Act (1967:837).

onmiddellijk wordt gevolgd door de zin: 'Bei der Anwendung der Nummern 1 bis 3 sind die entsprechenden Vorschriften des Embryonenschutzgesetzes maßgeblich.' Aldus is ook hier meteen gebruik gemaakt van de speelruimte waarover het Hof van Justitie eerder sprak. De wet waarnaar in het citaat wordt verwezen bevat namelijk strafbepalingen die precies definiëren wat moet worden verstaan onder hiervóór genoemde termen als embryo, klonen en germinale gentherapie; voorzover de wet uitzonderingen op de strafbaarheid vermeldt, zal dus kennelijk evenmin bezwaar tegen octrooiëring van hiermee samenhangende technieken bestaan. Zo bedreigt § 5 lid 1 het kunstmatig wijzigen van de erfelijke informatie opgeslagen in menselijke kiembaancellen met gevangenisstraf of geldboete, maar noemt het vierde lid als uitzondering hierop onder meer de

'(...) künstliche Veränderung der Erbinformation einer außerhalb des Körpers befindlichen Keimzelle, wenn ausgeschlossen ist, daß diese zur Befruchtung verwendet wird.'

In de Franse⁴⁶ en Britse⁴⁷ wet zijn de vier bewuste uitzonderingen eveneens terug te vinden. Daar echter is de algemene regel van art. 6 lid 1 Richtlijn (betreffende de strijdigheid met openbare orde en goede zeden) in een aparte bepaling opgenomen, terwijl het 'rijtje van vier' elders te vinden is, zonder directe verwijzing naar dit begrippenpaar, maar voorafgegaan door een algemene aanduiding ('Ne sont notamment pas brevetables (...)') respectievelijk 'The following are not patentable inventions (...)'. Een opvallende ontkoppling, die overigens in de praktijk wel geen verschil zal maken, maar die misschien wel iets zegt over de betrekkelijke waarde van de (formulering van de) richtlijnbeeping als zodanig. Daarover gaat ook de volgende paragraaf.

4 HET GERINGE NUT VAN OPNEMING VAN VAGE NORMEN IN DE EG-RICHTLIJN BIOTECHNOLOGIE; GEVOLGEN VOOR DE COMMERCIEËLE EXPLOITATIE

In het voorgaande is gebleken, dat men zich reeds lang geleden afvroeg, of het zinvol was in een nationale octrooiwet een bepaling op te nemen die octrooiëring van bepaalde uitvindingen wegens strijd met openbare orde of goede zeden zonder meer uitsloot. Het was van meet af aan duidelijk, dat zo'n bepaling alleen dan daadwerkelijk toegepast kon worden indien het een uitvinding betrof die *onder alle omstandigheden* een dergelijke strijdigheid zou opleveren. We zagen dat de bewuste bepaling (dan ook) vele jaren een op

45 § 2(2) Patentgesetz, BGBl. 2005, Teil I, Nr. 54 d.d. 5 september 2005.

46 Art. L611-17 t/m L611-19 Code de la propriété intellectuelle, gewijzigd bij de Wet van 6 augustus 2004, No. 2004-800, art. 17a II, *Journal Officiel* d.d. 7 augustus 2004.

47 Section 1(3) Patents Act 2004, Schedule A2, section 3 jo. section 76A Patents Act.

sterven na dode letter was – in ons land inmiddels bijna een eeuw. Ook in het internationale kader van het Europees Octrooiverdrag is er meermalen op gewezen, dat een aangevraagd Europees octrooi alleen dan in zijn geheel afgewezen zou kunnen worden, indien het openbaarmaken of toepassen van de bewuste uitvinding in *alle* in de aanvraag gedesigneerde landen in strijd zou zijn met de openbare orde of goede zeden.⁴⁸

De twijfel over het nut van een openbare orde en goede zeden-bepaling als hier bedoeld wordt nog vergroot, als men bedenkt dat de exploitatie van een bepaalde uitvinding, en zelfs het onderzoek als zodanig dat daaraan voorafgaat, in afzonderlijke wetten en besluiten tot in detail gereguleerd – en indien gewenst verboden – kan worden. Het Hof van Justitie sprak niet voor niets over de ‘grote speelruimte’ van de lidstaten in dit verband. Wie van hier te lande geldende regelingen als de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren⁴⁹ of de Embryowet⁵⁰ kennis neemt, ziet in één oogopslag hoe vergaand de wetgever inderdaad op de door deze wetten bestreken gebieden de onderzoeksvrijheid aan banden heeft gelegd, respectievelijk de beoordeling van de toelaatbaarheid van dergelijk onderzoek naar zich toe getrokken heeft. Ter illustratie van dit laatste citeer ik art. 66 lid 3 Embryowet:

‘Een vergunning als bedoeld in het eerste lid [onder andere voor het toepassen van biotechnologische technieken bij dieren, *PvdK*] wordt slechts verleend indien naar het oordeel van Onze Minister:

- a. de handelingen geen onaanvaardbare gevolgen hebben voor de gezondheid of het welzijn van dieren en
- b. tegen de handelingen geen ethische bezwaren bestaan.’

Wanneer men zich hierbij realiseert, dat de opvattingen over wat ethisch gezien toelaatbaar is na verloop van tijd (en mogelijk zelfs in vrij korte tijd) kunnen veranderen,⁵¹ wordt eens te meer duidelijk dat het vastleggen in een octrooiwet van ‘grenzen’ op dit gebied nauwelijks waarde heeft, zeker niet naast zeer rekbare nationale bepalingen als de bovengenoemde.

In andere landen is dit vanzelfsprekend niet anders: ook Duitsland kent naast de in paragraaf 3.3, slot, genoemde wet een ‘Tierschutzgesetz’, en in alle andere hiervoor genoemde EG-lidstaten gelden ongetwijfeld vergelijkbare regelingen.

Overigens schiet de aspirant-onderzoeker die art. 6 (of de desbetreffende bepaling in de nationale wet) leest, daar ook om een andere reden mijns inziens

48 Vgl. M. van Empel, *The granting of European patents* (diss. Leiden), 1974, p. 91; Straus 1990, p. 919. Zie ook voetnoot 34 hiervóór.

49 *Stb.* 1992, 422; laatstelijk *Stb.* 2006, 11; zie in het bijzonder art. 66 e.v.

50 *Stb.* 2002, 359; zie in het bijzonder art. 24 e.v.

51 Vgl. M.C.E. van Gorkom-Meeuwssen, ‘De mens is niet octrooieerbaar, ontdekte delen ervan evenmin. Of toch wel?’, in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Rechtseenheid en vermogensrecht* (BWKJ 21, Meijers-reeks deel 102), Deventer: Kluwer 2005, p. 279-280.

veelal weinig mee op. Van de daarin neergelegde 'onoverschrijdbare grenzen' is immers soms de betekenis niet geheel duidelijk.⁵² Ook bevatten de nieuwe regels op hun beurt vage normen die tot interpretatie van geval tot geval zullen voeren, zoals 'lijden' en 'aanzienlijk medisch nut'.

Tegen deze achtergrond valt de zeer sterke, jarenlange aandrang vanuit het Europees Parlement om in de Richtlijn een aantal werkwijzen expliciet als zijnde in strijd met de openbare orde of goede zeden te bestempelen, niet goed anders te verklaren dan vanuit een eerder emotionele dan rationele houding. In dit verband is wel gesproken over het octrooi-op-leven syndroom.⁵³ Aldus beschouwd, en gezien alle aanvullende wettelijke mogelijkheden als zojuist bedoeld, lijkt voor een bepaling als opgenomen in art. 6 Richtlijn niet veel meer dan een *signaalfunctie* weggelegd, een tot-hier-en-niet-verder, dat bedrijven en overheidsinstanties tot op zekere hoogte afkerig zou kunnen maken van het entameren van onderzoek op een bepaald gebied of in een bepaalde richting.⁵⁴

Tot slot een paar opmerkingen over het element 'commerciële exploitatie' in art. 6 lid 1 Richtlijn. Opvallend is, dat waar vroeger in deze context vaak werd gewerkt met het begrippenpaar 'openbaar maken/worden of toepassen' (aldus nog steeds art. 53 onder a EOV), de nadruk mede dankzij art. 27 lid 2 TRIPS-Verdrag geheel bij de commerciële exploitatie is komen te liggen. Het enkele openbaar maken van een uitvinding van bedenkelijk allooi leidt dus als gevolg van de Richtlijn niet meer tot strijd met de openbare orde of goede zeden.⁵⁵

Het contractuele aspect van het octrooirecht treedt hierdoor meer op de voorgrond. Een uitvinding kan op allerlei manieren commercieel benut worden. Men denke bijvoorbeeld aan overeenkomsten aangaande uitvindingen in dienstbetrekking; samenwerking in teamverband; verpanding; licentiëring; overdracht; testovereenkomsten.⁵⁶ Bij al dergelijke mogelijkheden om een uitvinding winstgevend te maken kan het criterium van de openbare orde en goede zeden om de hoek komen kijken. Maar het zullen dan toch steeds

52 Vgl. m.b.t. begrippen als klonen, mens en embryo bijv. J.C. van der Steur, *Grenzen van rechts-objecten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 211 e.v.; Van Overwalle, 2004, p. 372; S.J.R. Bostyn in: Ch. Gielen en D.W.F. Verkade (red.), *Tekst & Commentaar Intellectuele eigendom*, Deventer: Kluwer 2005, art. 3 ROW 1995, aant. 8.

53 Vgl. Raven 1997, p. 17.

54 Zie voor een (zeer voorzichtig geformuleerd) tegengeluid J. Koopman, 'Octrooiëring van biotechnologische uitvindingen en goede zeden: Recht onder vuur!', *BIE* 2005, p. 511-512. Overigens zijn er – omgekeerd – gevallen denkbaar waarin het aanvragen van een octrooi zin heeft, ondanks het feit dat de exploitatie van het octrooi op grond van nationale voorschriften verboden is; zie de conclusie van A-G Jacobs voorafgaande aan het arrest HvJEG 9 oktober 2001, zaak C-377/98, *NJ* 2002, 161 (Koninkrijk der Nederlanden/Europees Parlement en Raad van de EU), punt 106.

55 Ook niet in het kader van het EOV, als gevolg van het in par. 3.2 genoemde besluit van de Raad van Bestuur van het EOB.

56 Zie hieromtrent bijv. Claringbould & Litjens 1988.

het nationale octrooibureau en uiteindelijk de nationale rechter zijn, die in het concrete geval de aanvraag respectievelijk het verleende octrooi op hun mérites moeten beoordelen. Een werkelijk transnationale, en van bovenaf opgelegde moraal is daarbij mijns inziens niet aan de orde, nu de nationale (niet-octrooirechtelijke) regelingen op dit gebied veel verder zijn uitgewerkt en de in de Richtlijn gegeven voorbeelden op dit moment kennelijk in zo hoge mate strijdig met openbare orde of goede zeden worden bevonden⁵⁷ (de genoemde uitlegproblemen even daargelaten) dat een rechtstreeks beroep daarop, respectievelijk op de overeenkomstige nationale bepaling wel zelden nodig zal zijn.

Op dit punt draagt de Richtlijn dan ook nauwelijks bij aan het voorkómen van marktverstoringe omstandigheden in de tussenstaatse handel. Dit gevaar bergen wél in zich de uiteenlopende interpretaties van de in art. 6 opgenomen elementen én de eventueel in octrooiwetgeving opgenomen extra voorbeelden (zie de gang van zaken in Nederland en België), maar ook en vooral de nadere uitwerking van het criterium in andere nationale regelingen dan de respectievelijke octrooiwetten.

5 CONCLUSIE

De introductie in art. 6 lid 2 EG-Richtlijn biotechnologie en vervolgens in de nationale octrooiwetten van een aantal specifieke voorbeelden van gevallen waarin de commerciële exploitatie van een uitvinding strijdig is met de openbare orde of goede zeden is na veel strijd tot stand gekomen. Het nut ervan moet echter sterk worden gerelativeerd. Het betreft hier weliswaar situaties die in de hele Gemeenschap als onaanvaardbaar worden beschouwd, maar in feite hebben de lidstaten bij de toepassing van de bepaling in de praktijk een grote mate van vrijheid, en vormen de voorbeelden in genoemd artikel slechts op dit moment evidente uitsluitingsgronden, die ook voorheen al op een grote mate van instemming in de lidstaten konden rekenen.

In deze context kan men dus bezwaarlijk spreken van het ingang doen vinden (c.q. opleggen) van een bijzondere, transnationale moraal in (aan) nationale rechtssystemen. De aanvankelijke voorstellen van de Commissie hebben wel veel 'morele tegenstromen' losgemaakt, maar dit vooral in tegengestelde richting: velen vonden dat deze voorstellen niet ver genoeg gingen...

⁵⁷ Vgl. de in voetnoot 19 genoemde literatuur.